

S. 40 / Nr. 13 Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (d)

BGE 64 III 40

13. Entscheid vom 25. März 1938 i. S. Lupfer.

Regeste:

Öffentliche Zustellung des Zahlungsbefehls (Art. 66 Abs. 4 SchKG):

- ist nicht ohne weiteres zulässig, wenn dem Gläubiger (und dem Betreibungsamte) der Wohnort des Schuldners unbekannt ist. Vielmehr sind zunächst die Nachforschungen anzustellen, die nach den Umständen zur Ermittlung einer Zustellungsadresse des Schuldners führen können;
- die Frist zur Anfechtung des Zahlungsbefehls wegen unzulässiger Ediktaleröffnung läuft nicht, bevor der Schuldner vom Ediktalverfahren Kenntnis erlangt hat. Art. 17 SchKG.

Notification du commandement de payer par publication (art. 66, al. 4, LP):

- a) Elle n'est pas justifiée aussitôt que le créancier (et l'office des poursuites) ignore le domicile du débiteur; il faut procéder d'abord à des recherches de nature à faire découvrir l'adresse du débiteur;
- b) Le délai pour porter plainte contre la notification par publication ne court point aussi longtemps que le débiteur n'en a pas connaissance (art. 17 LP).

Notifica del precetto esecutivo mediante pubblicazione (art. 66, cp. 4, LEF):

- essa non si giustifica già pel fatto che il creditore (e l'ufficio di esecuzione) ignora il domicilio del debitore; dapprima bisogna procedere a ricerche per scoprire l'indirizzo del debitore;
- il termine per aggravarsi dalla notifica non corre finché il debitore non ha avuto notizia della pubblicazione (art. 17 LEF).

Dr. Albert Schloss liess am 22. Juni 1937 für eine angebliche Forderung aus Provisionsvertrag im Hauptbetrage von Fr. 19395.- (900 engl. Pfund zu 21.55) gegen Dr. Egbert Lupfer, «z. Zt. in Tokio (Japan)», dessen

Seite: 41

angebliche Guthaben sowie Wertschriften- und Goldhinterlagen beim Schweizerischen Bankverein in Zürich arrestieren und hob dann Betreibung an mit Zahlungsbefehl Nr. 8484 des Betreibungsamtes Zürich 1, welcher zu Händen von «Dr. Egbert Lupfer, seinerzeit in Tokio (Japan), dessen gegenwärtige Adresse unbekannt ist», am 16. Juli 1937 im Amtsblatt des Kantons Zürich und im Tagblatt der Stadt Zürich bekanntgemacht wurde. Es folgte dann die Pfändung und auf Verwertungsbegehren des Gläubigers die Ansetzung des Steigerungstermins auf den 8. Oktober 1937. Der Durchführung der Verwertung kam indessen der Schuldner zuvor mit Beschwerde vom 28. September, der vor allen Instanzen aufschiebende Wirkung beigelegt worden ist. Der Schweizerische Bankverein hatte ihm auf dem Wege über seine frühere Mailänder Adresse von der Arrestierung Kenntnis gegeben und sich dahin geäußert, er werde den Zahlungsbefehl dann auf diplomatischem Wege, wohl erst nach Wochen erhalten; als der Schuldner darauf zurückschrieb, er werde Recht vorschlagen, hatte ihm die Bank, nun direkt nach Japan, auch über den Vollzug der Pfändung berichtet, den sie sich nur daraus erklären könne, dass ein Rechtsvorschlag unterblieben oder bereits gerichtlich beseitigt worden sei; ferner war am 18. September ein Telegramm der Bank an ihn abgegangen, das ihn über das Verwertungsbegehren unterrichtete, Gegenmassnahmen als geboten bezeichnete und die Adresse eines hiefür allenfalls zu beauftragenden Zürcher Anwaltes enthielt, und mit Schreiben vom gleichen Tage, das ihm am 26. oder 27. September zuzuging, hatte ihm die Bank nähere Aufschlüsse erteilt und insbesondere darauf hingewiesen (was sie selbst erst nach Kenntnisnahme vom Verwertungsbegehren erfahren hatte), dass die Betreibungsurkunden zu seinen Händen veröffentlicht worden waren. Die Beschwerde konnte dann auf telegraphische Weisung des Schuldners sofort eingereicht und später ergänzt werden. Der Antrag geht auf Aufhebung des Zahlungsbefehls sowie der spätem Betreibungsvorkehren.

Seite: 42

Er wird damit begründet, dass die öffentliche Zustellung gemäss Art. 66 Abs. 4 SchKG nicht zulässig gewesen sei und statt dessen eine wirkliche Zustellung nach Japan hätte vorgenommen werden können und sollen.

Die kantonalen Instanzen haben die Beschwerde als verspätet zurückgewiesen, die obere mit Entscheid vom 17. Februar 1938. Sie räumt ein, dass der Schuldner von dem Ediktalverfahren erst wenige Tage vor Einreichung der Beschwerde erfahren habe, erachtet dieses Verfahren jedoch für gerechtfertigt angesichts der für eine Zustellung ungenügenden und überdies unrichtigen Adressangabe des nach ihrer Auffassung nicht besser unterrichteten Gläubigers - der Schuldner wohnt nicht in Tokio, sondern gewöhnlich in Shimonoseki - und zieht daraus den Schluss, der

Zahlungsbefehl sei zehn Tage nach Erscheinen der öffentlichen Bekanntmachung unanfechtbar geworden.

Mit Rekurs an das Bundesgericht hält der Beschwerdeführer an seinem Antrage fest.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

1.- Die sogleich nach Empfang der Kunde von der öffentlichen Zustellung angehobene Beschwerde ist auf keinen Fall verspätet (Art. 17 SchKG). War diese Art der Eröffnung anstelle einer eigentlichen Zustellung unzulässig, wie es der Rekurrent annimmt, so konnte sie nicht rechtskräftig werden, bevor er davon Kenntnis erhielt, worauf ihm ausserdem die Beschwerdefrist zur Verfügung stand. War das Ediktalverfahren dagegen zulässig und die öffentliche Bekanntmachung demzufolge rechtswirksam, entsprechend der Auffassung der kantonalen Aufsichtsbehörde, so ändert dies an der Rechtzeitigkeit der Beschwerde nichts, muss jedoch zu deren materieller Abweisung führen. Der kantonale Entscheid widerspricht sich selbst, indem er auf die vom Beschwerdeführer erhobene Rüge eingeht, um dann aus dem Ergebnis der Beurteilung auf eine Versäumung der Beschwerdefrist zu

Seite: 43

schliessen, während das Ergebnis eben in der Anerkennung der Gültigkeit der öffentlichen Zustellung, so wie sie vorgenommen wurde, und damit in der Verneinung eines Beschwerdegrundes besteht.

2.- Auch in dieser materiellen Beurteilung gellt die Vorinstanz fehl. Die Bestimmung von Art. 66 Abs. 4 SchKG, wonach die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung zu ersetzen ist, wenn «der Wohnort des Schuldners unbekannt ist». berechtigt das Betreibungsamt nicht, kurzerhand den Ediktalweg einzuschlagen, sobald die Adressangabe des Gläubigers nicht genügt und auch das Amt selbst nicht näher unterrichtet ist. Vielmehr muss in einem solchen Falle durch alle zweckmässigen, der Sachlage entsprechenden Nachforschungen versucht werden, den Wohnort des Schuldners, d. h. eine mögliche Zustellungsadresse, sei es auch nicht an seinem allfälligen festen Wohnsitze, herauszufinden. Dies entspricht richtiger Auslegung der in Rede stehenden Zustellungsvorschrift des Art. 66 SchKG, der die Zustellung nur dann durch Bekanntmachung ersetzt sehen will, wenn der Schuldner trotz Anwendung der zu Gebote stehenden Auskunftsmittel unerreichbar bleibt oder eine Nachforschung zum vornherein als aussichtslos erscheint; es entspricht auch den vom Bundesgericht auf Grund von Art. 4 der Bundesverfassung aufgestellten Grundsätzen über die Gewährung des rechtlichen Gehörs und die Voraussetzungen einer ohne Rechtsverweigerung zulässigen Ediktalladung im Zivilprozess (vgl. für beides BGE 56 I 94 ff. und die dort erwähnten weiteren Entscheidungen). Bei Anwendung von Art. 66 SchKG diese Grundsätze zu wahren, besteht speziell hinsichtlich des Zahlungsbefehls Veranlassung, mit dem die Betreibung ohne jeglichen Ausweis über Bestand und Vollstreckbarkeit der Forderung angehoben werden kann und der, wenn der Schuldner nicht binnen gesetzlicher Frist Recht vorschlägt, für das betreffende Betreibungsverfahren in Kraft erwächst, so dass der Schuldner dessen Fortsetzung nicht mehr hindern kann, selbst wenn

Seite: 44

er seinerseits den Richter anruft, abgesehen von besonderem Fällen (Art. 77, 85 SchKG). Hier war freilich das binnen gesetzlicher Frist seit Zustellung der Arresturkunde eingereichte Betreibungsbegehren nicht etwa wegen ungenügender Angaben über eine Zustellungsadresse des Schuldners von der Hand zu weisen. Vielmehr wurde damit der Arrest gültig prosequierte. An das Betreibungsbegehren strengere Anforderungen stellen, hiesse die Arrestprosequierung in ungehöriger Weise erschweren. Andererseits war aber nach dem Gesagten bei Ausführung des Betreibungsbegehrens den berechtigten Interessen des Schuldners Rechnung zu tragen. Um Anhaltspunkte zu gewinnen, hätte das Betreibungsamt den Gläubiger über seine Geschäftsbeziehungen zum Schuldner und namentlich über dessen frühere Wohnorte einvernehmen können. Dabei hätte es den frühern Wohnort Mailand in Erfahrung gebracht, der auch den Schweizerischen Bankverein auf die richtige Spur geführt zu haben scheint. Ferner wäre eine Anfrage beim Bankverein selbst in Betracht gekommen, der hätte Auskunft geben können und im wohl verstandenen Interesse seines Klienten auch sollen. Endlich hätte man sich durch Vermittlung schweizerischer Behörden oder Vertreter an diplomatische oder konsularische Vertreter des Heimatstaates des Rekurrenten in Japan, an die Leitung der japanischen Fremdenpolizei oder vielleicht sogar an Angehörige oder Bekannte des Rekurrenten wenden können, die unter Umständen Bescheid wussten und, unter Hinweis auf das grosse Interesse des Schuldners an einer Vermeidung des Ediktalverfahrens, wohl auch zur Auskunft zu bewegen gewesen wären. Nichts von alledem ist versucht worden, das Betreibungsamt hat auch dem Gläubiger keine Nachforschungen aufgegeben, wobei es ihm eine angemessene Frist hätte setzen können; und andererseits berechtigt nichts zur Annahme, der Schuldner habe seine Adresse geflissentlich verschwiegen; er scheint vielmehr auf die Zustellung des Zahlungsbefehls immer noch gewartet zu haben, bis er durch den Brief der Bank

Seite: 45

vom 18. September 1937 über die öffentliche Zustellung unterrichtet wurde, die er alsdann hinsichtlich der auf den Arrestvollzug gefolgtten Betreibungshandlungen mit Recht angefochten hat.

Demnach erkennt die Schuldbetr.- u. Konkurskammer:

Der Rekurs wird gutgeheissen und das Betreibungsamt angewiesen, dem Rekurrenten einen Zahlungsbefehl gemäss Art. 66 Abs. 3 SchKG zuzustellen